

平成24年1月10日

学位請求論文審査及び最終試験報告書（課程博士）

学位：博士（法学）

主査委員 川崎 一夫 博士（法学）創価大学

委員 加賀 譲治 博士（法学）創価大学

委員 塩津 徹 博士（法学）日本大学

論文提出者

氏名 恩田 祐将（おんだ ゆうすけ）（男）

論文題目

刑法における危険引受け論

【論文内容の要旨】

恩田祐将氏の学位請求論文（以下、「本論文」という）は、刑法学上従来あまり論じられることがなかった「危険引受け」をテーマとして取り上げ、被害者の危険引受けに関する問題状況を分析し、被害者の危険引受けが行為者の罪責に与える影響について論究するものである。本論文は、危険引受けに関する先行研究者の論考にも十分に配慮し、とくにこの問題について研究が進められているドイツにおける学説及び判例に関しても詳細な検討を加えている。以下に「本論文の構成」、「各章の内容」及び「本論文の基礎となった学位請求者の研究」を示すこととする。

（本論文の構成）

本論文は、序章を含む9章から構成されている。各章はさらに各節に分けられているが、ここでは各章の標題のみを掲げ、各節の標題は省略する。

- 序 章 問題意識と本稿の構成
- 第1章 危険引受けに関する議論の状況
- 第2章 危険引受けと被害者の承諾論
- 第3章 危険引受けと帰属論
- 第4章 危険引受けにおける承諾型と非承諾型の区別
- 第5章 狭義の危険引受けと過失認定
- 第6章 スポーツ事故と危険引受け
- 第7章 自動車運転と危険引受け
- 第8章 結 語

(各章の内容)

序章の内容：危険引受けとは、被害者が他人の危険行為によって自己の法益に危険の生ずることを認識しながら自らの意思でその危険に接近した場合をいう。被害者の態度が行為者の過失犯の成否に及ぼす影響について関心が高まったのは、ダートトライアル同乗者死亡事件に関する判決において「引き受けていた危険の現実化」という表現が用いられたためであった。個人主義に基づく個人尊重の理念が重視されるにいたって、被害者の意思や態度が一定の要件のもとにおいて行為者の犯罪の成立を制限する効果を有することが広く是認されている。刑法典の中に被害者の承諾を得て行う場合を軽く処罰する規定が散見され、また一般的に被害者の承諾を違法減少事由ないしは構成要件該当性阻却事由と解するのも、個人尊重の思想を反映するものといえる。しかし、危険引受けを被害者の承諾と同様に犯罪成立を制限する独立した事由と解することはできない。危険引受けでは、被害者が自己の法益に対する具体的な結果についての認識・認容を欠いているからである。危険引受けの場合、被害者は、自己の法益に対し危険の生ずることを認識していたとしても、結果の発生を望んでおらず、むしろ結果不発生を期待しているのである。このことから、危険引受けを考察するにあたって、①危険を認識しながら危険に接近した被害者の態度を刑法上どのように評価すべきか、②そのような被害者の態度が行為者の犯罪の成否に影響を及ぼすのか、さらに③影響を及ぼすとすれば、いかなる理論構成によるべきか、という三つの点が主要な論点として検討されなければならない

い。

第1章の内容：ドイツでは、すでに20世紀初頭から、被害者の承諾に関して承諾の対象を行為とすべきか結果とすべきかかということが論争されていた。前者とすれば、危険引受けを被害者の承諾に関する問題であると理解し、それに違法性阻却の効果を認めることができるが、後者とすれば、このような理解をすることはできない。

ライヒ裁判所は、1923年のメーメル河事件について、被害者の危険認識を根拠として被告人の義務違反性を否定した。この判例が過失犯における被害者の承諾に関する最初の判例とされている。しかし、その後、ライヒ裁判所は、無免許運転で友人を後部に乗せて走行し、他車両に激突させたことにより友人を死亡させた事案につき、被害者が無免許運転を承知していたとしても被告人の責任は否定されない、とした。ライヒ裁判所が改組され連邦通常裁判所になってからも、危険運転に関してライヒ裁判所の態度が継承された。

1973年にクラウス・ロクシンは、ガラス古稀祝賀論文集において、規範の保護目的（構成要件の射程範囲）の理論を展開し、客観的帰属論の観点から危険引受けの問題を検討し、それまでの被害者の承諾論によるのとは異なる考察方法を示した。1984年に至って、ロクシンの見解は連邦通常裁判所によって採用され、ヘロイン充填の注射器を被害者に譲り渡し中毒死させた事件につき、自己危険化への関与は被告人の過失犯の成立を肯定する事情とならず、被告人の過失致死罪の成立は否定された。ロクシンの見解は、日本における危険引受けに関する考察にも影響を与えることとなった。

日本では、1997年に、未熟な被告人がダートトライアル競技の練習走行中に車両を防護柵に激突転倒させて7年程度の競技歴のある被害者を死亡させたダートトライアル同乗者死亡事件に関し、被害者が引き受けていた危険の現実化を理由として被告人を無罪とした判例が現れ、これを契機に危険引受けの問題が盛んに取り上げられるようになった。学説上、①被害者の承諾論による違法性阻却を認める見解、②客観的帰属論により結果を行為者に帰属させることを否定する見解、③客観的帰属論を基礎として、被害者の正犯性を肯定して行為者の正犯性を否定する見解、④危険引受けにより構成要件的過失を否定する見解など、多くの見解が主張されている。さらに、本章では、日独の判例や学説を

取り上げ詳しく論究している。

第2章の内容：危険引受けでは、被害者は、行為の一般的危険性、すなわち行為によって生じうる抽象的な結果に対する漠然とした危惧感を有していたにすぎず、被害者も行為者も同様に結果の発生を望んでおらず、むしろ結果の不発生を期待していたということが特徴的である。しかし、このような被害者の危険認識を被害者の承諾がある場合として理解する見解が主張されている。ドイツでは、ウルリッヒ・ウエーバー、ディーター・デリングなどの見解が被害者の承諾論によるアプローチを採用している。日本では、危険に同意していれば結果発生を同意したのと同じであるとする準同意説、過失犯の場合には承諾の内容が抽象的であれば足りるとする同意説、危険引受けの場合には一定限度内で法益侵害の結果自体が欠如するとする法益侵害結果欠如説などの見解が主張されている。

被害者の承諾論によるアプローチを採用する場合に、承諾の対象を行為と解する行為説、行為に対する承諾を結果に対する徴表であるとする行為結果説及び結果と解する結果説の争いがみられるが、結果説に従うべきである。また、承諾の心理的内容については、積極的意欲ではなく認容で足りるとすべきであろう。しかし、危険引受けにおいては、被害者は危険認識のみで行為に参加しているにすぎず、結果について承諾しその発生を認容するという態度を欠いているので、被害者の承諾論によるアプローチは行為者の犯罪の成立を制限する効果を認める根拠を示すものとはいえない。

第3章の内容：被害者の承諾論によるアプローチに存在する問題を克服するために、1970年頃からドイツでは客観的帰属論によるアプローチが有力に主張された。この主張の代表者であるクラウス・ロクシンは、規範の保護目的の理論（「構成要件の射程範囲の理論」ともいう）を提唱し、被害者による危険引受けがある場合、たとえ行為と結果の間に条件関係があっても、規範の保護目的の観点からその結果は構成要件の射程範囲に属さないため行為者への結果帰属が制限されるとした。許されない危険の創出とその実現を重視して結果の行為者への帰属を認める客観的帰属論は違法性の判断を基礎として結果の帰属を論じているので、構成要件の実質化を招来することとなるため、これには賛成できず、また、ロクシンの見解は自己危殆化への関与を不可罰とするドイツ刑法

の下において主張されたものであるから、自己危殆化への関与を可罰的とする日本刑法の解釈論としてロクシンの見解をそのまま主張することはできない。因果関係は法定行為類型としての構成要件の要素であるから、因果関係を類型的帰属論によって考察すべきであり、行為者の主観面と客観面とを考慮して因果関係の有無を判断すべきであるとする立場から、客観的帰属論によるアプローチには賛成できない。

ハロー・オットーは、事象における因果経過の制御可能性の理論を主張し、結果帰属のためには、条件関係の存在としての事実的連関に加えて、規範的連関を必要とするので、行為者は自己の制御可能性の下にある事象についてのみ答責的であり、被害者が危険を十分に認識していた場合には行為者の答責性を否定することができるとした。わが国でも、この見解を基本的に支持する論者もみられるが、被害者の主観的事情によってのみ結果の帰属を検討することについては疑問である。

被害者の自己答責性論によるアプローチを主張するライナー・ツァツィクの見解、ズザンネ・ヴァルターの見解、アヴェ・ヘルマンの見解、山中敬一教授の見解、塩谷毅准教授の見解、その他の帰属論的アプローチによる見解として、被害者の法益に対する要保護性と危険分配を取り上げるラルフ・ペーター・フィートラーの被害者学的原理の理論、被害者の結果意欲と危険創出を取り上げるギュンター・ヤコプスやローランド・デルクセンの被害者の管轄論などがある。自己の利益を危険にさらす自由を被害者に認めることによって結果の行為者への客観的帰属を否定する行為の危険性否定説と称することができる山口厚教授の見解なども、同様の主張であろう。また、島田聡一郎教授は、被害者の結果回避能力などの個別事情を一定限度捨象し、被害者が的確な認識と結果回避能力を有しているのに、結果を回避しないことを異常な因果経過によって結果が発生したとして因果関係ないしは客観的帰属を否定するとした。この見解は、被害者側の事情のみによって行為者への結果帰属を否定することに疑問が残るが、体系的に危険引受けの問題を検討する点に賛意を表することができる。しかし、帰属論によるアプローチが個人主義的思想に基づいて被害者の優越的答責性を根底にしていることには、直ちに賛成できない。

第4章の内容：危険引受けの問題状況は多様であるから、これを類型的に区

別することが必要である。問題状況に着目して、承諾型の危険引受けと非承諾型の危険引受けに区別することができる。前者は、たとえば各種格闘技やその他のスポーツにおけるように、これに随伴して発生すると予想される傷害について参加者が包括的承諾を与えている場合であり、後者は、たとえば娯楽目的のレジャーなどにおけるように、被害者が行為の一般的危険性の認識及び抽象的な結果に対する漠然とした危惧感を抱いてはいるが、結果に対する承諾を欠いている場合である。両者を総称して広義の危険引受け、後者のみを指称して狭義の危険引受けということにする。

承諾型の危険引受けの場合、社会的相当行為であることを前提として、当該行為の規則やルールに著しく逸脱することなく、通常予想され、許容された動作に起因して発生した法益侵害には刑法35条を適用して違法性を阻却することができる。これについては、ママさんバレーボール事件に関する民事判決の思考方法を参考にすることができる。

これに対して、非承諾型の狭義の危険引受けの場合、被害者は結果に対する認容を欠いているので、被害者の態度によって犯罪成立を制限する効果を認める論拠が探求されなければならない。この場合については、被害者の承諾論によるアプローチを採用できないから、危険引受けを被害者と行為者の立場、両者の関係性等を考慮して認定すべき結果回避義務を制限する原理と解すべきであろう。

第5章の内容：狭義の危険引受けについては、被害者の態度のみによって行為者の犯罪の成否を論ずるのではなく、過失論によるアプローチを採用する見解が主張されている。これに属する見解として、危険共同体論や予見可能性説などがある。危険共同体論を主張するペーター・フリッシュは、危険共同体を構成する被害者と行為者に法益保護のための同等の義務が課されていることを理由として、被害者が行為者と同等又はそれ以上の危険認識を有していたときは、行為者の注意義務違反は否定され、行為者が事象につき優越的知識を有していたときは、行為者の注意義務違反は肯定される。しかし、刑法における法益保護的機能が第一次的には行為者に向けられているので、フリッシュの見解には疑問が残る。予見可能性説を主張する深町晋也准教授は、危険引受けについて、予見可能性を認定するための一般原則としての信頼の原則によって理解

し、行為者において被害者が自己保全本能の発動に基づき危険回避措置を講ずることを経験則上信頼できるときは、行為者を不可罰とすることができるとされる。しかし、被害者の自己保全本能の発動を行為者側からの判断によって信頼の可否を問うことには疑問を感じる。

危険引受けについて信頼の原則によるアプローチを採用する場合、その問題状況を行為者優越類型、被害者優越類型、注意義務同等型の三類型に分類して考察すべきである。この分類は、注意義務の存否に関する判断の明確化のために有益である。

以上のことから、次の点を主張しておきたい。問題状況の多様性に着目して、承諾型の危険引受けと非承諾型の危険引受けに区別し、前者については刑法35条の問題として処理し、後者については信頼の原則によって処理すること、非承諾型の狭義の危険引受けは行為者の結果回避義務を制限する原理であること、狭義の危険引受けにおける注意義務の存否に関して判断するに当たって、被害者の当該危険行為に含まれる一般的危険性についての認識の有無、自己の生命・身体に生じうる抽象的な結果に対する漠然とした危惧感の有無、行為者と被害者における当該危険行為に関する知識や経験の優劣、行為者の被害者に対する特別な監督責任の有無を基準とすべきであること、などである。

第6章の内容：スポーツ事故によって死傷等の結果が発生した場合についても、危険引受けに関係させて論ずることができる。その場合、スポーツの性格と被害者の態度に着目して、承諾型のスポーツと非承諾型のスポーツに分けて検討すべきである。前者は、各種格闘技などのように、その性質上、死傷の発生が高度に伴う可能性のあるスポーツをいい、後者は、レクリエーションやレジャーを目的として行われる安全性を最優先させても成り立つスポーツをいう。

承諾型のスポーツでは、当該スポーツにおいて通常予想される許容動作に起因する死傷等の結果は被害者の包括的評価の範囲に属するから、刑法35条の正当業務行為として違法性阻却を論ずることができる。これに対して、非承諾型のスポーツでは、狭義の危険引受けと関係させて検討すべきである。これについては、危険分配の思想を根底として、行為者と被害者の立場及び両者の関係性という観点から、行為者優越型、被害者優越型及び注意義務同等型の三類型に分析して、両者のどちらに注意義務を負担させるべきかを検討した。

行為者優越型は、行為者が当該スポーツに関して優越した知識や経験を有する地位にあり、被害者にそのような知識や経験が不足している場合であり、結果回避措置義務を行為者に負担させることができる。被害者優越型は、その逆の場合であり、被害者に結果回避措置義務の大部分を負担させることができるので、行為者の注意義務違反を否定することができる。注意義務同等型は、行為者と被害者において当該スポーツに関し同等の知識を有している場合であり、第一次的には行為者の過失の有無を検討すべきであるが、スポーツの社会的価値等を考慮して比較的緩やかに過失認定を行うこともできるのである。

第7章の内容：自動車事故において同乗者を死傷させた運転者の過失認定に関して、危険引受けが問題となるが、被害者の態度によって運転者の過失責任を否定することは困難である。判例も原則的には同様の理解を示している。運転者は常に事故回避のための措置を講じながら運転行為をすべき義務を負担しているので、同乗者が危険を承知して自ら自動車に同乗したとしても、このことによって運転者の負担する結果回避措置義務は影響を受けない。

ドイツにおける判例は、飲酒運転の自動車への同乗事件、オートバイ競争事件などにおいて、運転者の過失責任を否定しなかった。また、日本における判例も、飲酒運転激突死事件などにおいて、運転者の過失責任を否定しなかった。これに対し、ダートトライアル同乗者死亡事件に関する判決は、被害者の危険引受けと行為の社会的相当性を根拠として、運転者の走行の違法性は阻却されるとした。この判決は、日本で初めて危険引受けに言及して行為者の犯罪の成立を否定した意義深いものであるが、危険引受けと社会的相当性の関係、危険引受けを違法性阻却事由とする理論的説明などについては、疑問が残されているといえるであろう。この事案では、結果回避措置義務の分配規準としての被害者優越型に属する事案であると解し、被害者がその知識や経験などに基づく結果回避措置を適切に講ずるであろうと運転者の側で信頼している場合であるから、運転者の注意義務違反を否定すべきであったと考える。

第8章の内容：危険引受けはそれ自体で行為者の犯罪の成立を制限する独自の効果を有する事由ではなく、過失認定論の問題として信頼の原則によって理解すべきものである。行為者が法益保護義務を負担するとしても、あらゆる行為に危険が内在する現代社会においては、もはや行為者一人で結果発生を防ぐ

ことは困難である。危険行為に参加する各人は、他者も結果回避措置義務を遵守する適切な行動をとるであろうことを信賴して、自己の立場で分担する結果回避措置義務を遵守すれば足りる。このような理解の根底にある危険分配の思想が危険引受けの事案における過失認定に際して重視されなければならない。危険引受けは結果回避措置義務を制限する原理であり、この立場から危険引受けに関する諸問題を検討する結果回避措置義務制限説を支持すべきものと考えらる。

（本論文の基礎となった学位請求者の研究）

恩田祐将氏は、本論文の執筆に先立ち、危険引受けに関する多くの研究論文を公表している。しかし、本論文は、すでに公表されている研究論文を寄せ集めたものではなく、これらの研究論文を基礎として、新たな構想の下に学位請求論文として執筆されたものである。なお、ここにすでに公表されている論文のリストを掲げておきたい。

- 危険引受けに関する一考察（平成20年1月6日）修士論文 創価大学
- 刑法における危険引受けと過失犯の成否（平成20年12月25日）創価大学大学院紀要30集
- 危険引受けにおける被害者の承諾 ― 承諾の対象とその心理内容に関する問題点を中心として ―（平成21年8月9日）創価大学通信教育部論集12号
- スポーツ事故と刑法における危険引受け（平成21年12月25日）創価大学大学院紀要31集
- 危険引受けにおける承諾型と非承諾型の区別（平成22年8月8日）創価大学通信教育部論集13号
- 自動車運転と刑法における危険引受け（平成22年12月25日）創価大学大学院紀要32集
- 危険引受けと帰属論（平成24年12月25日）創価大学大学院紀要33集

【審査結果の要旨】

本論文の提出によって構成された受理検討会が受理相当であるとの判断を示したので、この判断に基づき、あらたに審査委員会が構成された。審査委員会は、数回にわたって本論文の審査のための読み会を開き、本論文の各章について検討し、さらに本論文の全体について総合評価を行った。

本論文は、刑法における危険引受けについて分析し、被害者の危険引受けを結果回避措置義務の制限原理として理解すべきことを主張している。危険引受けについては、平成7年にグートトライアル同乗者死亡事件判決が「被害者が引き受けていた危険の現実化」という表現を用い、しかも社会的相当性を欠くものではないとして、被告人の行為の違法性が阻却されるとしたことから、学説上、多くの論者によって研究対象とされるようになった。この判決が被害者の危険引受けと社会的相当性の関係を明らかにせずに違法性を阻却するとしているため、被害者の危険引受けが行為者の罪の成否に与える影響及びその論理構造について議論されるようになり、本論文もこのような問題意識をもって研究した成果を纏めたものである。本論文の論述には、全体として首尾一貫性が保たれており、かなり説得力があると評価することができる。

本論文では、第1章から第5章までが被害者の危険引受けに関する総論部分として論述されており、第6章及び第7章が各論部分に割り当てられている。総論部分では、被害者の危険引受けに関するドイツ及び日本における先行研究者の業績について批判的考察が行われており、各論部分では、総論部分の考察を基礎として、スポーツ事故及び自動車事故における被害者の危険引受けが行為者の罪責に与える影響について詳細な検討が加えられている。総論部分の考察が各論部分の検討に有機的に結合して論文の全体を構成しており、論文構成上の配慮がみられる。

学位請求者は、先行研究者による被害者の危険引受けに関する研究業績に言及し、これを注記して先行研究者への敬意を表明しており、本論文が多くの先行研究者の研究の基盤の上に執筆されていることを窺知することができる。

学位請求者が以前に執筆した自己の複数の論文を基礎として加筆訂正して博士学位請求論文一本として纏めたために、論述における重複箇所が散見される。

しかし、審査委員会は、このような重複については、各章の標題との関係で重複して記述せざるをえないものと判断した。

本論文では各章の末尾に小括が置かれており、論述の展開を明確に読み取ることができる。学位請求者は、被害者の危険引受けに対するアプローチとして、被害者の承諾論、帰属論等の主張を丁寧に検討した上で、これらのアプローチを採用しない理由を明確にしており、学位請求者自身の主張する過失認定論によるアプローチを採用し、被害者の危険引受けを結果回避措置義務の制限原理とすべきものとし、危険引受けにおける被害者と行為者の危険行為に関する制御能力における優越関係に着目して危険引受けの類型化を試みている点において本論文の独自性を認めることができる。

審査委員会は、以上のように本論文を慎重に審査した結果、本論文が博士（法学）の学位を授与するに相当すると判断した。

【最終試験の結果】

審査委員会は平成23年12月6日に学位請求者に対して本論文に関する最終試験を行った。

審査委員から、危険引受けをテーマとした理由、本論文執筆の意義・目的、本論文で取り上げていない他の国における危険引受けに関する判例・学説の状況、危険引受けに関する今後の研究予定などについて質問があった。これらの質問に対し、学位請求者からの的確で詳細な解答があった。

審査委員会は、論文についての審査及び最終試験によって、委員全員の意見として、学位請求者の恩田祐将氏に対し博士（法学）の学位を授与することが相当であると判断した。